

Sygn. akt: KIO 2218/14

Sygn. akt: KIO 2235/14

## WYROK

z dnia 7 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Grzegorz Matejczuk  
**Członkowie:** Luiza Łamejko  
Lubomira Matczuk-Mazuś  
**Protokolant:** Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 listopada 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 24 października 2014 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Konwerga Sp. z o.o., ul. Janikowska 21, 61-070 Poznań (lider); 2) Verbicom S.A., ul. Skarbka 36, 60-348 Poznań; 3) Versim S.A., ul. Skarbka 36, 60-348 Poznań** - sygn. akt KIO 2218/14;
2. w dniu 27 października 2014 r. przez **Odwołującego - Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów** - sygn. akt KIO 2235/14;

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A., ul. Wierzbowa 84, 62-081 Wysogotowo**, przy udziale:

- A. wykonawcy Dimension Data Polska Sp. z o.o., ul. Sienna 73, 00-833 Warszawa;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa (lider); 2) Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn;

- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie **Zamawiającego**,

### orzeka:

1. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2218/14 oraz oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2235/14;
2. kosztami postępowania: w sprawie o sygn. akt KIO 2218/14 obciąża **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu; 3) Versim S.A. z siedzibą w Poznaniu**; w sprawie o sygn. akt KIO 2235/14 obciąża **Odwołującego – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie**, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu; 3) Versim S.A. z siedzibą w Poznaniu** oraz **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** tytułem wpisów od odwołań;
- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu; 3) Versim S.A. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz **Zamawiającego – Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Wysogotowo** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie** na rzecz **Zamawiającego – Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Wysogotowo** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 2218/14**

**Sygn. akt: KIO 2235/14**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Wielkopolska Sieć Szerokopasmowa S.A. z siedzibą w Wysogotowo – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „ustawa” lub „Pzp”; postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pn. „Dostawa urządzeń części aktywnej Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej wraz z oprogramowaniem oraz instalacją i serwisem dostarczonych urządzeń”, nr ref: WSS-1/14.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 sierpnia 2014 r., pod numerem 2014/S 157-282542.

Pismem z dnia 16 października 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 51 ust. 1a Pzp przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków. Przedmiotowym pismem Zamawiający poinformował również o wykonawcach wykluczonych z postępowania i podstawie wykluczenia.

#### **Odwołanie o sygn. akt KIO 2218/14.**

W dniu 24 października 2014 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 2) Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu; 3) Versim S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący-Konsorcjum”) – wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), a także przepisu art. 26 ust. 3 Pzp.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący-Konsorcjum wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego-Konsorcjum z postępowania,
- powtórzenia czynności badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ewentualnego wezwania Odwołującego-Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodna z prawem czynność Zamawiającego polegająca na bezprawnym wykluczeniu Odwołującego-Konsorcjum, co w istotny sposób narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie szkody polegające na utracie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Wskazano, że zgodnie z treścią informacji o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Zamawiający uznał, iż Odwołujący-Konsorcjum nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Swoją decyzję Zamawiający oparł na bezzasadnym przyjęciu, że:

- 1) Odwołujący-Konsorcjum nie wykazał, w jakim okresie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, a także, iż podmiot trzeci, na zasoby którego powołuje się Odwołujący-Konsorcjum w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia, będzie brał udział w realizacji części zamówienia,
- 2) dla ważności zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wymagana jest forma pisemna w rozumieniu nadanym temu pojęciu przepisem art. 78 Kodeksu cywilnego,
- 3) kopie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia zostały niewłaściwie poświadczane za zgodność z oryginałem.

Odwołujący-Konsorcjum argumentował następnie, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawiono m.in. oświadczenie wykonawcy dot. innych podmiotów udostępniających zasoby. W treści tego oświadczenia, odmiennie niż to ocenia Zamawiający, wskazano wszystkie elementy wymagane treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt III.2.1. IV ppkt 2). Jednocześnie, do wniosku dołączono także wymagany dokument w postaci pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Dokumenty te, w ocenie Odwołującego-Konsorcjum, jednoznacznie wskazują również okres, w jakim Odwołujący-Konsorcjum będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego. Z dokumentów tych wynika także, że Odwołujący-Konsorcjum rzeczywiście będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie wiedzy i doświadczenia. Sama zaś rzekoma niezgodność oświadczenia z zobowiązaniem jest pozorna i nie powinna mieć wpływu na ocenę przez Zamawiającego rzeczywistego charakteru stosunku prawnego łączącego Odwołującego-Konsorcjum z podmiotem udostępniającym swoją wiedzę i doświadczenie. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego stanowi przejaw jego woli odnośnie oferowanego zakresu jego możliwości w zakresie planowanej współpracy w związku z realizacją zamówienia. W przedmiotowym przypadku są to możliwości rzeczywiście szerokie,

ponieważ podmiot ten rzeczywiście zobowiązuje się także m.in. do udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Jednakże to do Odwołującego-Konsorcjum należy określenie, w jakim zakresie zamierzają skorzystać z możliwego do wykorzystania wsparcia podmiotu trzeciego – temu właśnie, jak słusznie zauważył Zamawiający – służyć miało złożenie oświadczenia Odwołującego-Konsorcjum, w którym wskazano m.in. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu. W ocenie Odwołującego-Konsorcjum ocena rzeczywistego charakteru stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego-Konsorcjum z podmiotem trzecim winna być dokonana przede wszystkim na podstawie decyzji Odwołującego-Konsorcjum w zakresie elementów zobowiązania tego podmiotu, z którego Odwołujący-Konsorcjum zamierza skorzystać. Zarówno z treści samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również z korespondencji wnoszonej w odpowiedzi na wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz wezwania do udzielenia wyjaśnień, Zamawiający winien powziąć wiadomość, iż podmiot, na zasoby którego Odwołujący-Konsorcjum powołuje się w zakresie oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia. Wskazano, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zgłoszeń reklamacyjnych, jak błędnie wskazał Zamawiający. Dostarczanie zaś wyprodukowanych przez ten podmiot produktów do Odwołującego-Konsorcjum, za pośrednictwem dystrybutora tego podmiotu trzeciego, w żaden sposób nie można uznać za udział w realizacji zamówienia. Produkty te są bowiem na bieżąco produkowane przez ten podmiot i znajdują się w jego sieci dystrybucji niezależnie od zamówienia, jakie jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego.

Wskazano następnie, że Odwołujący-Konsorcjum złożył dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego omyłkowo, tak w treści samego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jak również na etapie uzupełnienia – w związku z czym dokumenty te nie powinny być przez Zamawiającego brane pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy wszelkie przesłanki wykluczenia oparte na nieprawdziwym założeniu, że podmiot trzeci, na którego zasoby Odwołujący-Konsorcjum powołał się w związku z oceną spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, nie mają uzasadnienia i nie mogą stanowić przyczyny wykluczenia Odwołującego-Konsorcjum z postępowania. Co więcej, w przypadku, gdyby na etapie składania ofert w postępowaniu, po analizie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która na chwilę obecną nie jest znana wykonawcom, Odwołujący podjęli decyzję o wykorzystaniu podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, przy realizacji zamówienia – odpowiednie zastosowanie powinien mieć przepis art. 36b ust. 2 Pzp. Możliwość zmiany decyzji odnośnie udziału bądź braku udziału podmiotu trzeciego nie powinna budzić żadnych wątpliwości na gruncie ww. przepisu, z uwagi na procedurę przetargu ograniczonego i odległość w czasie

między oceną wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz otrzymaniem przez wykonawców SIWZ.

Podniesiono także, że znaczenie dla oceny prawidłowości wykluczenia z uwagi na rzekome braki oświadczenia wykonawcy dot. innych podmiotów udostępniających zasoby złożonego przez Odwołującego-Konsorcjum, ma także brak uprzedniego wezwania do uzupełnienia tego oświadczenia. Bez wątpienia oświadczenie to stanowi jeden z elementów, który winien – w przypadku nie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu – być przedmiotem wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Argumentowano następnie, że niezależnie od powyższego, wszelkie dokumenty złożone przez Odwołującego-Konsorcjum, a dotyczące podmiotu trzeciego zostały złożone w formie właściwej, zgodne z obowiązującymi w tej materii przepisami. Podkreślono, że do czynności dokonywanych przed notariuszem należy stosować normy dotyczące formy czynności właściwych dla państwa, w którym danej czynności dokonano. Należy brać pod uwagę nie tylko ustrój prawny danego państwa, ale i konstrukcję danej czynności dokonywanej przed notariuszem. Zagraniczne dokumenty notarialne wymagają indywidualnej oceny, co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia. Zamawiający jednak nie wykazał, że w państwie, w którym oświadczenie zostało złożone, obowiązuje regulacja prawna, bądź chociażby praktyka, co do dokonywania czynności notarialnych w formie przewidzianej przez prawo polskie. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wskazując na możliwość złożenia oświadczenia, jakie złożył Odwołujący-Konsorcjum, wymagają aby zostało ono sporządzone przed notariuszem właściwym ze względu na siedzibę podmiotu, którego dotyczą, jednakże nie wymagają, aby w tym przypadku były uwzględniane przepisy prawa polskiego.

Wskazano ponadto, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Odwołujący-Konsorcjum złożył m.in. kopię zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożono zobowiązanie w oryginale. Zamawiający zarzucając przedmiotowemu zobowiązaniu brak formy pisemnej zupełnie zignorował okoliczność, że podmiot trzeci ma siedzibę w innym państwie. Z uwagi na to, ocena formy zobowiązania winna zostać dokonana z uwzględnieniem zasad wynikających z ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. Nr 80, poz. 432). Przepis art. 25 ust. 1 ww. ustawy stanowi, że forma czynności prawnej podlega prawu właściwemu dla tej czynności. Wystarczy jednak zachowanie formy przewidzianej przez prawo państwa, w którym czynność zostaje dokonana. Oznacza to, że dopuszczalnym jest sporządzenie dokumentu zgodnie z wymaganiami prawa polskiego, ale w formie tej czynności właściwej dla państwa, w którym czynność zostaje dokonana. Czynność dokonana w imieniu przedsiębiorcy mającego siedzibę w państwie innym

niż Polska nie musi być dokonana identycznie, jak czynność dokonana przez polskiego przedsiębiorcę. Czynność ta musi odpowiadać czynności składanej wedle prawa polskiego, być adekwatna do oświadczenia złożonego na podstawie prawa polskiego. Zagraniczne dokumenty wymagają indywidualnej oceny, co do ich zgodności z prawem materialnym miejsca ich sporządzenia. Podkreślono, że w udzielonych wyjaśnieniach szeroko opisano uwarunkowania, które leżą u podstaw tezy, iż zobowiązanie złożone przez Odwołującego-Konsorcjum powinno być przez Zamawiającego traktowane, jako pisemne zobowiązanie. Nawet jeśli przyjąć, że złożone zobowiązanie nie ma charakteru pisemnego, to na gruncie przepisu art. 26 ust. 2b Pzp możliwe jest udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawcy będą dysponowali zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia także w inny sposób.

Odwołujący-Konsorcjum wskazał również, że wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przedstawiono m.in. dowody potwierdzające należyte wykonanie dostaw, które zostały wskazane w wykazie wykonanych dostaw. Zamawiający przyjął, poprzez błędną wykładnię przepisu § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia, że poświadczenie tych dowodów winno być dokonane nie przez Odwołującego-Konsorcjum, w imieniu którego działał pełnomocnik – Konwerga Sp. z o.o., lecz przez podmiot, który udostępnił swoje zasoby. W ocenie Odwołującego-Konsorcjum, stosownie do § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia, w przypadku innych podmiotów, na zasoby których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów poświadczane są za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub przez te podmioty. Regułą podstawową jest więc składanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oryginalnych lub w kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, zaś odstępstwem od tej formuły w przypadku innych podmiotów, na zasobach, których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, jest składanie kopii dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego odpowiednio przez ten podmiot. Ta druga sytuacja, wynikająca wprost z § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia, dotyczy dokumentów innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, które stanowią dowody składane w ramach postępowania opisanego w tym przepisie. W ocenie Odwołującego-Konsorcjum dowody potwierdzające należyte wykonanie dostaw nie mieszczą się w kategorii dokumentów objętych dyspozycją przepisu § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia. Wskazano, że powyższe stanowisko znajduje oparcie także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – m.in. w wyroku z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1430/13. Z ostrożności procesowej Odwołujący-Konsorcjum podniósł także, że w orzecznictwie KIO spotyka się także pogląd, zgodnie z którym skuteczne jest złożenie kopii dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego poświadczonych przez wykonawcę (wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1779/13).

Niezależnie od powyższych okoliczności Odwołujący-Konsorcjum wskazał, iż ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu może nastąpić jedynie w sytuacji, gdy

Zamawiający wyczerpie procedurę wynikającą z art. 26 ust. 3 Pzp, a wykonawca nie uzupełni żądanych przez Zamawiającego dokumentów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający wezwał, co prawda, Odwołującego-Konsorcjum, pismem z dnia 23 września 2014 r. do uzupełnienia dokumentów, jednak jego zakres przedmiotowy nie obejmował żądania uzupełnienia dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw wskazanych w wykazie dostaw. W żadnym miejscu Zamawiający nie zakwestionował prawidłowości przedstawionych dowodów, tak odnośnie ich merytorycznej zawartości, jak i formy. Odwołujący-Konsorcjum stanęło jednocześnie na stanowisku, że nie ma znaczenie, iż Zamawiający wezwał do złożenia wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, ponieważ wezwanie to było, co najmniej mylące. Jak zaś wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie do uzupełnienia dokumentów powinno w sposób jasny, jednoznaczny i precyzyjny wskazywać, jakiego warunku udziału w postępowaniu wykonawca nie spełnia i z jakich przyczyn. Odwołujący-Konsorcjum otrzymawszy wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie mieli natomiast podstaw, by przypuszczać, że złożone wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dowody były podważane przez Zamawiającego. Tym samym, ewentualne wykluczenie z powodu niewłaściwego poświadczenia tych dowodów za zgodność z oryginałem winno nastąpić nie wcześniej, jak po uprzednim wezwaniu do ich uzupełnienia.

#### **Odwołanie o sygn. akt KIO 2235/14.**

W dniu 27 października 2014 r., Odwołujący – Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego dotyczącej wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 25 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (Dz. U. z 2011 r., Nr 80, poz. 432 z późn. Zm.), art. 78 Kodeksu cywilnego (Dz. U. 1964 nr 16, poz. 93 z późn. Zm), § 1 ust. 6 pkt 2 i § 4 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231), poprzez niewłaściwą interpretację oraz błędne zastosowanie wskazanych powyżej przepisów, które to skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu uznania, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu dopuszczenia Odwołującego do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podkreślono, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż zaskarżona czynność powoduje, że Odwołujący utraci szansę na uzyskanie zamówienia.



Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa wskazanych w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał okoliczności bezsporne, potwierdzając niektóre z twierdzeń Zamawiającego zawartych w informacji z dnia 16 października 2014 r. W tym zakresie Odwołujący podał, że faktycznie wykazując spełnienie warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia polegał na wiedzy i doświadczeniu trzech innych niż Odwołujący podmiotów. Dwa z tych podmiotów miały doświadczenie w realizacji dostaw urządzeń w technologii DWDM i MPLS. Jeden z podmiotów realizował dostawy urządzeń wyłącznie w technologii DWDM. Z treści informacji Zamawiającego z dnia 16 października 2014 r., wynika, że dokumentacja odnosząca się do podmiotu posiadającego doświadczenie w realizacji dostaw urządzeń wyłącznie w technologii DWDM, według Zamawiającego jest zgodna z zasadami wynikającymi z ustawy Pzp i innych przepisów i Zamawiający w pełni ją akceptuje. Jeżeli chodzi o dokumentację drugiego podmiotu Odwołujący potwierdził, że z przyczyn od niego niezależnych dokumenty na s. 42 i 43 nie mogły zostać w odpowiednim czasie podpisane przez osobę umocowaną. Dokumentacja z właściwym podpisem „utknęła” na granicy, jednakże po pokonaniu przeszkody, bezzwłocznie została doręczona do Zamawiającego.

W zakresie okoliczności spornych Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z argumentację wskazującą na rzekome błędy formalne w dokumentacji dotyczącej trzeciego podmiotu. W ocenie Odwołującego powyższe dokumenty wykazują, że Asseco Poland S.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co więcej dokumenty te nie zawierają żadnych braków formalnych i sporządzone zostały w oparciu o zasady wynikające z ustawy Pzp oraz innych powszechnie obowiązujących przepisów prawa.

Odnosnie realizacji obowiązku wynikającego z § 1 ust. 6 pkt 2 ww. rozporządzenia wskazano, że zadaniem Zamawiającego, Odwołujący w odniesieniu do podmiotu numer trzy, który udostępni mu zasoby, nie przedstawił dokumentu dotyczącego w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, czym nie zrealizował dyspozycji § 1 ust. 6 pkt 2 ww. rozporządzenia, gdyż Zamawiający takiego dokumentu zażądał. Stwierdzono, że powyższy zarzut Zamawiającego w stosunku do Odwołującego nie koresponduje z prawdą. Odwołujący przytaczając brzmienie art. 26 ust. 2b Pzp podniósł, że przepis ten skonstruowany jest dość szeroko, nie ma wskazane jednoznacznie jakim dowodem wykonawca powinien dysponować. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący przedłożył Zamawiającemu pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, które ewidentnie wypełnia dyspozycję z art. 26 ust. 2b Pzp. Aby doprecyzować kwestię dokumentacji podmiotów udostępniających zasoby, Zamawiający zażądał od wykonawców pisemnego oświadczenia dotyczącego a) zakresu

dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący wskazał jednak, że żądanie pisemnego oświadczenia wykonawcy o powyższej treści nie ma uzasadnienia w przepisach. Odwołujący zgodził się, że Zamawiający może żądać dokumentu, w którym zostanie wskazany zakres dostępnych zasobów, sposób wykorzystania zasobów, charakter stosunku oraz zakres i okres udziału podmiotu przy wykonaniu zamówienia, jednak sformułowanie, że ma być to akurat pisemne oświadczenie wykonawcy nie znajduje odzwierciedlenia w § 1 ust. 6 pkt 2 ww. rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że ma to być dokument, czyli pojęcie to jest szerokie, nie można tego zawęzić jedynie do pisemnego oświadczenia wykonawcy. Odwołujący wskazał jednocześnie, że taki dokument wskazujący punkty opisane w § 1 ust. 6 pkt 2 ww. rozporządzenia został Zamawiającemu przedłożony – jest to zobowiązanie z dnia 2 września 2014 r. (s. 63 uzasadnienia wniosku), doprecyzowane oświadczeniem Odwołującego z dnia 2 października 2014 r. W powyższym zobowiązaniu wskazany jest zakres udostępnionych zasobów, określając to jako „zasoby niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia” ze szczegółowym ich wymienieniem. Wskazany jest także okres, na jaki zasoby mają być udostępnione jako „okres realizacji przedmiotu zamówienia”. Natomiast z doprecyzowane oświadczenia Odwołującego ewidentnie wynika, że charakter stosunku jest niesformalizowany (co nie stoi w sprzeczności z ustawą) polegający na wsparciu merytorycznym, sposób wykorzystania zasobów to konsultacje i porady z podmiotem udostępniającym zasoby. Z ostrożności procesowej dodano, że zobowiązanie wraz z doprecyzowującym zobowiązaniem oświadczeniem Odwołującego spełnia (nie uzasadniony przepisami) wymóg Zamawiającego odnośnie złożenia pisemnego oświadczenia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego tego, że podmiot trzeci (którego dokumenty znajdują się od s. 63 – 83 uzupełnienia wniosku) weźmie udział w postępowaniu w charakterze podwykonawcy, Odwołujący wskazał, że bezspornym jest, że w dokumencie na s. 63 uzupełnienia wniosku znajduje się sformułowanie, że podmiot udostępniający zasoby zobowiązuje się do wzięcia udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze podwykonawcy. Jest to jednak zobowiązanie jednostronne, które wcale nie wskazuje na to, że taką rolę podmiot ten będzie w postępowaniu pełnił. Co więcej, Odwołujący nie przyjął tego zobowiązania, twierdząc, że podmioty, które udostępniają Asseco Poland S.A. zasoby będą wspierały Odwołującego merytorycznie i będą pełniły rolę konsultacyjno-doradczą w niniejszym zamówieniu. Wobec powyższego zostało zanegowane żeby podmiot ten miał występować w charakterze podwykonawcy. Dlatego też mając na uwadze treść pkt III.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu, żaden z trzech podmiotów udostępniających zasoby, nie miał występować w charakterze podwykonawcy w stosunku do Odwołującego, więc Asseco Poland S.A. nie było w obowiązku do przedłożenia wskazanych w ogłoszeniu dokumentów. Nawet

jeżeli podmiot udzielający zasoby zobowiązuje się do działania w charakterze podwykonawcy to nie oznacza to, że wykonawca takie zobowiązanie musi przyjąć. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wyraźnie oświadczył, że podmioty udostępniające zasoby będą pełniły wyłącznie rolę doradczą-merytoryczną. Odwołujący przytoczył w tym zakresie wyroki KIO z dnia 9 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1265/10 oraz z dnia 6 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1201/13.

Wobec powyższego stwierdzono, że Odwołujący pomimo, iż nie ciążył na nim formalny obowiązek przedkładania szerokiego spectrum dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, zrealizował pewne czynności „ponad” obowiązki na nim ciążące. Przedłożył on dokumenty, o którym mowa w Ogłoszeniu o zamówieniu – pkt III.2.1) – V oraz w § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia w sposób, o którym mowa w § 4 ust. 3 rozporządzenia. Zamawiający poczynił zarzuty odnośnie tych dokumentów i niezgodności ich z przepisami prawa polskiego. Zarzuty te są bezzasadne, dlatego że przedłożone dokumenty nie uchybiały przepisom, a po drugie – taki zarzut w ogóle nie powinien być postawiony, gdyż Odwołujący nie był zobowiązany do przedkładania wskazanych powyżej dokumentów, z uwagi na to, iż podmiot trzeci nie będzie w postępowaniu pełnił roli podwykonawcy Asseco Poland S.A.

Odnośnie oświadczenia woli składanego w oparciu o prawo chińskie, Odwołujący podniósł, że kardynalną kwestią w tej sprawie jest rozstrzygnięcia zasadności zarzutu Zamawiającego, zgodnie z którym oświadczenie woli podmiotu trzeciego jest nieważne. Zamawiający powołał się na art. 25 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe oraz na art. 78 Kodeksu cywilnego. Podmiot udostępniający zasoby złożył odcisk podpisu osoby uprawnionej do reprezentacji (faksymila), a dokumenty zostały opatrzone okrągłą pieczęcią podmiotu numer trzy. Odwołujący nie zgodził się z zarzutem, że oświadczenia woli trzeciego podmiotu nie zostały dokonane w wymaganej przez prawo formie. Podniesiono, że w chińskim prawie własnoręczne podpisy stosowane są rzadko. Przyjmuje się, że dany dokument jest ważny, jeżeli został opatrzony okrągłą pieczęcią, którą dysponuje podmiot składający oświadczenie. Odwołujący przytoczył dwa akty prawne, które regulują podpisy i zarejestrowane pieczęcie oraz wskazał, że jest to jednoznaczne z samodzielny bądź własnoręcznym złożeniem podpisu osoby uprawnionej (Ogólne Zasady Prawa Cywilnego Chińskiej Republiki Ludowej, art. 65 Chińskiego Kodeksu Cywilnego, art. 32 Chińskiego Prawa Zobowiązań). Podkreślono, że porządek prawny Chińskiej Republiki Ludowej zawiera odrębne przepisy dotyczące pieczętek firmowych. Argumentowano także, że art. 78 Kc nie będzie miał zastosowania w niniejszej sprawie. Wskazany właśnie przez Zamawiającego art. 25 Prawa prywatnego międzynarodowego dyskwalifikuje możliwość zastosowania polskiego prawa cywilnego. Odwołujący podniósł, że czynność prawna to taki stan faktyczny w skład którego wchodzi co najmniej jedno oświadczenie woli, stanowiące uzewnętrznioną decyzję podmiotu prawa cywilnego wywołania określonych skutków cywilnoprawnych, z którym to stanem faktycznym ustawa wiąże skutki wyrażone w tym oświadczeniu, a także skutki prawne

oświadczeniem tym nieobjęte, lecz wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego lub ustalonych zwyczajów. Oświadczenie, w którym podmiot trzeci zobowiązuje się do udzielenie zasobów stanowi czynność prawną. Odnosząc to do brzmienia art. 25 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe należałoby stwierdzić, że forma czynności prawnej w postaci zobowiązania się przez podmiot chiński podlega prawy właściwemu dla tej czynności, czyli prawu chińskiemu. Ponadto, w kontekście zdania drugiego ww. przepisy wystarczy zachowanie formy przewidzianej przez prawo chińskie, gdyż tam złożono oświadczenie woli. W związku z powyższym, zarzut Zamawiającego, jakoby tylko oświadczenie podpisane zgodnie z zasadami polskiego prawa cywilnego (art. 78 Kc) mogłoby być uznane jest chybiony i nie koresponduje z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym.

Odnosnie zarzutu przedłożenia niepotwierdzonych przez podmiot udostępniający zasoby kopii dokumentów, Odwołujący podkreślił na wstępie, że z uwagi na fakt, iż podmiot udostępniający zasoby nie będzie występował w charakterze podwykonawcy, Odwołujący nie był zobligowany do składania wszystkich dokumentów wskazanych w Ogłoszeniu o zamówieniu – pkt III.2.1) – V. Złożył on jednak dokumenty odnoszące się do podmiotu trzeciego, kierując się chęcią wykazania daleko idącego zaangażowania w postępowanie oraz chęcią uniknięcia ewentualnego (w prawdzie bezpodstawnego) zarzutu ze strony Zamawiającego. Pakiet dokumentów przedłożony przez Odwołującego wyczerpuje wszystkie wymagania Zamawiającego, co do podwykonawców. Zamawiający stawia zaś nie korespondujące z prawdą zarzuty twierdząc, że Odwołujący nie załączył do wniosku formalnie poprawnych dokumentów. Podniesiono, że Zamawiający otrzymał w pierwotnym wniosku potwierdzone notarialnie oryginały tych dokumentów. Odwołujący w formie tabelarycznej przedstawił, w którym miejscu wniosku znajdowały się przedmiotowe dokumenty.

Odnosnie oświadczenia z dnia 11 września 2014 r. złożonego przez pełnomocnika podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby, Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem, iż oświadczenie to zostało złożone wbrew zasadom określonym w § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia. Wskazano, że wykładania celowościowa tego przepisu jest następująca – aby zliberalizować zasady dotyczące złożenia dokumentów określonych w § 3 oraz § 4 ww. rozporządzenia, ustawodawca wprowadził zasadę z § 4 ust. 3 rozporządzenia, której celem jest dostosowanie się do zasad obowiązujących w innych państwach. Z tego zapisu należy szeroko wyczytywać, że jeżeli zostanie złożone oświadczenie przedmiotowo właściwe, przez podmiot uprawniony, to jest ono tożsame z wymaganymi dokumentami. Zakwestionowano możliwość podważania przez Zamawiającego zasad chińskiego „prawa notarialnego”. Jeżeli notariusz, jako osoba zaufania publicznego, wydaje dokument, który akceptowany jest m.in. przez Ambasadę, nie ma podstaw, ani powodów do kwestionowania go przez Zamawiającego. W odpowiedzi na zarzut Zamawiającego, który brzmi, że przed notariuszem nie stawiła się osoba reprezentująca podmiot oraz nie złożyła podpisu osoba uprawniona do reprezentacji, Odwołujący wskazał, że z oświadczenia wynika, iż u notariusza stawił się pełnomocnik podmiotu trzeciego, notariusz

poprawność pełnomocnictwa potwierdził i dopuścił pełnomocnika do czynności. Wobec tego u notariusza stawiał się podmiot uprawniony i oświadczył, że oświadczenie woli złożone jest przez podmiot uprawniony.

Odnośnie naruszenia § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia, Odwołujący zgodził się, że kopie referencji, znajdujących się na s. 94 oraz 96 uzupełnienia wniosku zostały potwierdzone przez Odwołującego, jednakże zarzut ten jest zasady wyłącznie do tych dokumentów, a nie jak to stara się zasugerować Zamawiający do całej dokumentacji dotyczącej udostępnienia zasobów. Pozostałe dokumenty referencji zostały potwierdzone zgodnie z regułą określoną w § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia i bezwzględnie powinny być uwzględnione w postępowaniu.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili w obu sprawach: Dimension Data Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Alcatel-Lucent Polska Sp. z o.o., ul. Rzymowskiego 53, 02-697 Warszawa (lider); 2) Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn (dalej: konsorcjum Alcatel-Lucent i Sprint). Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika.

Przystępujące konsorcjum Alcatel-Lucent i Sprint w piśmie procesowym złożonym do sprawy KIO 2218/14, podniosło m.in., że Odwołujący w ustawowym terminie nie zakwestionował w drodze wniesienia środka ochrony prawnej czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący nie formułował na etapie otrzymania wezwania żadnych uwag do działania Zamawiającego, choćby w postaci zwykłego pisma z prośbą o doprecyzowanie wezwania czy uchylenie go w części z uwagi na jego bezzasadność. Wręcz przeciwnie, działania Odwołującego na tamtym etapie postępowania zmierzały do uczynienia zadość wezwaniu Zamawiającego. Argumentowano także, że dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów Zamawiającego. Odwołujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wykazał natomiast Zamawiającemu zarówno realności dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, jak również nie skorzystał z możliwości przedstawienia innego wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, zatem zasadnie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Podkreślono także, że dokument zawierający oświadczenie woli podmiotu trzeciego winien zawierać własnoręczny podpis wystawy dokumentu. Ponadto wskazano, że brzmienie § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów (...) jest jednoznaczne, co więcej analogiczne z brzmieniem § 6 ust. 2 poprzednio obowiązującego rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. Podniesiono przy tym, że analizowanym przepisem znajduje się przysłówek „odpowiednio”. Ze względu na występowanie tego doprecyzowania kopie dokumentów muszą

być poświadczony za zgodność z oryginałem przez odpowiednią jednostkę, której dokument dotyczy, czyli przez wykonawcę, jeżeli dokument dotyczy wykonawcy. Natomiast, jeżeli dokument dotyczy podmiotu trzeciego, to dokument musi być poświadczony za zgodność z oryginałem przez ten właśnie podmiot trzeci. Wskazano, że pogląd powyższy jest kontynuowany w orzecznictwie Izby także w odniesieniu do regulacji zawartej w § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia (wyrok KIO z dnia 11 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1253/13).

Przystępujące konsorcjum Alcatel-Lucent i Sprint w piśmie procesowym złożonym do sprawy KIO 2235/14, podniosło m.in., że doprecyzowane oświadczenie Odwołującego z dnia 2 października 2014 r. nie czyni zadość wymaganiom Zamawiającego, co do wskazania co najmniej charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę i podmiot trzeci na etapie realizacji zamówienia oraz sposobu wykorzystania zasobów. Trudno bowiem uznać za spełnienie warunku Zamawiającego stwierdzenie o „niesformalizowanym” charakterze stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem. Nie powinno zatem dziwić, że Zamawiający podważył skuteczność wykazania dysponowania zasobami wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, skoro sam Odwołujący nie jest w stanie wykazać, w jaki sposób zamierza uzgodnić warunki współpracy z podmiotem trzecim w trakcie wykonywania zamówienia. Za niewystarczające należy również uznać jedynie lakoniczne odesłanie, w treści doprecyzowanego oświadczenia Odwołującego, do „konsultacji i porad” jako sposobu wykorzystania zasobów. Doprecyzowane oświadczenie ma charakter abstrakcyjny i nie odnosi się do konkretnego przypadku udostępnienia zasobów. Ani zobowiązanie, ani doprecyzowane oświadczenie wykonawcy nie wskazuje, na czym faktycznie miałyby polegać konsultacje i porady. Ze względu na ogólny i abstrakcyjny charakter, zobowiązanie podmiotu trzeciego wraz z oświadczeniem wykonawcy nie nadają się do egzekwowania, a Zamawiający w rzeczywistości nie uzyskał dowodów na realność dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Podniesiono także, że za zdumiewające należy uznać zachowanie Odwołującego, który pierwotnie we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazujące wprost na zobowiązanie do wzięcia udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, a następnie usiłuje wmówić Zamawiającemu, iż przedmiotowego zobowiązania nie przyjął. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się ze sposobem udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia, jaki zadeklarował trzeci podmiot (podwykonawstwo), nie powinien on ingerować w treść oświadczenia woli strony trzeciej, lecz przedłożyć zobowiązanie innego podmiotu nie nawiązujące do uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Niezależnie od powyższego podkreślono, że niewystarczające jest jedynie lakoniczne wskazanie na konsultacyjno-doradczą rolę trzeciego podmiotu. Takie wskazanie nie wypełnia obowiązku udowodnienia przez wykonawcę realności dysponowania odpowiednimi zasobami na etapie realizacji zamówienia. Wskazano także, że dokumenty zawierające oświadczenie woli podmiotu trzeciego winny zawierać własnoręczny podpis wystawy dokumentu. Ponadto,

argumentowano, że zwrot „oświadczenie złożone przed notariuszem” oznacza, że notariusz musi być obecny podczas składania oświadczenia przez osobę zainteresowaną. Wykładni zwrotu „oświadczenie złożone przed notariuszem” dokonał również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu postanowienia z dnia 10 listopada 2006 r., sygn. akt I CSK 228/2006, stwierdził „(...) złożenie oświadczenia „przed notariuszem” oznacza złożenie oświadczenia woli w jego obecności”. Oznacza to, że zwrot przed notariuszem, wymaga po pierwsze, złożenia oświadczenia woli bezpośrednio przed notariuszem, a po drugie, wymaga zapoznania się notariusza z oświadczeniem woli (por. wyrok SO w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2013 r., sygn. akt IX Ga 128/2013).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń aktywnych sieci szkieletowej, urządzeń aktywnych warstwy dystrybucyjnej, wyposażenie Centrum Zarządzania Siecią oraz instalacja dostarczonych urządzeń i serwis urządzeń. Przedmiotem zamówienia jest również dostawa oprogramowania wraz z licencjami w zakresie wymaganym ze względu na realizację przedmiotu zamówienia. Zamawiający jako beneficjent realizuje projekt kluczowy Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007 – 2013 pod nazwą Budowa Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej (WSS). W ramach tego projektu na terenie województwa wielkopolskiego powstanie szkieletowo-dystrybucyjna regionalna sieć szerokopasmowa o długości 4500 km oraz 31 węzłów szkieletowych i 576 węzłów dystrybucyjnych i Centrum Zarządzania Siecią. Zamówienie obejmuje dostawę wyposażenia warstwy szkieletowej i agregacyjno-dystrybucyjnej Wielkopolskiej Sieci Szerokopasmowej w urządzenia aktywne wraz z dostawą oprogramowania w poszczególnych punktach dystrybucyjnych i węzłach szkieletowych oraz w Centrum Zarządzania Siecią. Wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia serwisu dostarczonych urządzeń i zapewnienia gwarancji. Urządzenia aktywne zainstalowane w węzłach szkieletu sieci powinny umożliwiać realizację m.in.

- agregacji ruchu w sieci szkieletowej w technologii DWDM i MPLS.
- agregacji ruchu w sieciach dystrybucyjnych w technologii DWDM i MPLS,
- wymiany ruchu z innymi sieciami wojewódzkimi i/lub dostawcami Internetu,
- zarządzania i konfiguracji systemu transmisyjnego realizowanego w technologii DWDM i MPLS.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zostanie dokonany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Sekcja II.1.5) Ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający przed wszczęciem postępowania przeprowadził dialog techniczny w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych

warunków zamówienia lub określenia warunków umowy (Sekcja VI.3) Ogłoszenia o zamówieniu).

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, sytuacji ekonomicznej i finansowej (Sekcja III.2.1) Ogłoszenia o zamówieniu).

Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (Sekcja III.2.1) – III Ogłoszenia o zamówieniu).

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda pisemnego oświadczenia wykonawcy zawierającego informację o:

- a) zakresie dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

(Sekcja III.2.1) – IV pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu).

Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów:

- 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;
- 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;



- 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 7) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

(Sekcja III.2.1) – V Ogłoszenia o zamówieniu).

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów:

1) których mowa w § 3 ust. 1 Rozporządzenia:

a) dla pkt 2-4 i 6 § 3 ust. 1 ww. Rozporządzenia - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

– nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,  
b) dla pkt 5 i 7 § 3 ust. 1 ww. Rozporządzenia - składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy.

Dokumenty, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret pierwsze i trzecie, lit. b oraz pkt 2 ww. Rozporządzenia, powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dokument, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugie ww. Rozporządzenia, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w § 4 ust. 1 ww. Rozporządzenia, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis § 4 ust. 2 ww. Rozporządzenia stosuje się odpowiednio (Sekcja III.2.1) – VIII Ogłoszenia o zamówieniu).

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wykonawcy zobowiązani są przedłożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia:

- 1) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie - wzór wykazu usług znajduje się na stronie internetowej zamawiającego;
- 2) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – wzór wykazu osób znajduje się na stronie internetowej zamawiającego.

(Sekcja III.2.3 pkt 1 Ogłoszenia o zamówieniu).

W zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego, Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje:

- a) co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę wraz z zainstalowaniem urządzeń systemu transmisyjnego w paśmie optycznym DWDM, składającego się z minimum 20 węzłów (w tym węzłów szkieletowych lub dystrybucyjnych) oraz wartości nie mniejszej niż 10 000 000 PLN brutto;
- oraz
- b) co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę wraz z zainstalowaniem urządzeń systemu transmisyjnego w technologii MPLS, składającego się z minimum 20 węzłów (w tym węzłów szkieletowych lub dystrybucyjnych) oraz wartości nie mniejszej niż 10 000 000 PLN brutto;

Wykonawca może również wykazać spełnienie warunku poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje co najmniej jedno zamówienie obejmujące dostawę wraz z zainstalowaniem urządzeń systemu transmisyjnego w technologii mieszanej DWDM i MPLS składającego się minimum z 20 węzłów (w tym węzłów szkieletowych lub dystrybucyjnych) o wartości nie mniejszej niż 15 000 000 PLN (Sekcja III.2.3 Ogłoszenia o zamówieniu).

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Do złożenia oferty Zamawiający zaprosi maksymalnie 20 wykonawców, którzy osiągną najlepszy wynik przy zastosowaniu przez Zamawiającego kryterium wyboru odnoszącego się do wiedzy i doświadczenia, o których mowa w Sekcji III pkt 2.3) niniejszego ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający stosuje kryterium wyboru oparte na wiedzy i doświadczeniu wykonawców, a mianowicie: 1) wykonawca otrzyma 2 punkty za każde wykonane zamówienie, o którym mowa w Sekcji III (Kwalifikacje techniczne) punkt 2.3) ppkt 1 powyżej wymaganego minimum, określonego w tym punkcie, 2) wykonawca otrzyma 3 pkt punkty za każde wykonane zamówienie, o którym mowa w Sekcji III (Kwalifikacje techniczne) punkt 2.3) ppkt 2 powyżej wymaganego minimum, określonego w tym punkcie (Sekcja IV.1.2 Ogłoszenia o zamówieniu).

Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został ustalony na 15 września 2014 r., godz. 09:00 (Sekcja IV.3.4 Ogłoszenia o zamówieniu).

Odwołujący-Konsorcjum wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył pisemne oświadczenie (str. 433 wniosku), zobowiązania podmiotów trzecich (str. 435-436 wniosku), jak również oświadczenia dotyczące nie podlegania przez te podmioty wykluczeniu z postępowania (str. 437, str. 449 wniosku (kopia). Dołączone zostały także inne dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby (str. 456, 457, 461).

Pismem z dnia 23 września 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego-Konsorcjum do uzupełniania dokumentów, m.in.: Wykazu wykonanych dostaw. Zamawiający wskazał, że wykonawca złożyć Wykaz dostaw oraz dokumenty mające potwierdzać należytą ich realizację. Przedstawione dokumenty nie potwierdzają jednak spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że podmiot udostępniający zasoby oświadczył, iż weźmie udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Z tego też względu wykonawca winien złożyć oświadczenie tego podmiotu w oryginale lub notarialnie poświadczonej kopii (a nie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę) a także powinien złożyć dokumenty dotyczące podmiotu udostępniającego w takiej sytuacji wymagane również w ogłoszeniu o zamówieniu. Wskazano, że wykonawca złożył jedynie część z katalogu wymaganych dokumentów. Ponadto, Zamawiający poinformował, że wykonawca winien także przedstawić dokument wydany w Chińskiej Republice Ludowej potwierdzający, iż wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości oraz, że wobec tego podmiotu nie orzeczono ubiegania się o zamówienie.

Pismem z dnia 29 września 2014 r., Zamawiając poinformował Odwołującego-Konsorcjum o przedłużeniu terminu do uzupełnienia dokumentów. W uzupełnieniu wezwania z dnia 23 września 2014 r., Zamawiający poinformował, że dokumenty uzupełniane przez wykonawcę winny być zgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu – przytaczając jednocześnie treść Sekcji III.2.1) pkt VII i VIII Ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący-Konsorcjum pismem z dnia 1 października 2014 r. udzieliło odpowiedzi na ww. wezwania, obejmując je jednocześnie tajemnicą przedsiębiorstwa. Wraz z pismem wykonawca przesłał m.in. Oświadczenie producenta z dnia 11 września 2014 r. (str. 29 uzupełnienia wniosku), zaświadczenie notarialne (str. 30 uzupełnienia wniosku) oraz zobowiązanie (str. 24 uzupełnienia wniosku)

Pismem z dnia 7 października 2014 r., Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego-Konsorcjum do złożenia wyjaśnień: Czy osoba wskazana w dokumencie zatytułowanym „zobowiązanie” (str. 24 pisma z dnia 1.10.2014 r.), jako działająca w imieniu podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia złożyła własnoręczny podpis, czy zamiast podpisu złożyła odcisk podpisu (faksymile, pieczęć imienna, inna forma niebędąca własnoręcznym podpisem tejże osoby), a jeżeli osoba ta nie złożyła własnoręcznego podpisu, to Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia uzasadnienia niezłożenia własnoręcznego podpisu przez tę osobę na

powyższym dokumencie. Zamawiający wezwał także do złożenia wyjaśnień, czy osoba wskazana w dokumencie z dnia 11.09.2014 r. – Oświadczenie producenta, jako prawny reprezentant podmiotu składającego ww. oświadczenie, złożyła własnoręczny podpis czy zamiast podpisu złożyła odcisk podpisu (faksymile, pieczętka imienna, inna forma niebędąca własnoręcznym podpisem tejże osoby), a jeżeli osoba ta nie złożyła własnoręcznego podpisu, to Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia uzasadnienia niezłożenia własnoręcznego podpisu przez tę osobę na powyższym dokumencie.

Odwołujący-Konsorcjum pismem z dnia 9 października 2014 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 9 października 2014 r. Zamawiający wezwał Odwołującego-Konsorcjum, na podstawie § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, do złożenia oryginału dokumentu sporządzonego w języku polskim, znajdującego się na str. 29 uzupełnienia wniosku. Wskazano, że dokument którego przedstawienia w oryginale żąda Zamawiający budzi wątpliwości, co do jego prawdziwości.

Odwołujący-Konsorcjum pismem z dnia 13 października 2014 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący Asseco Poland S.A. wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, jak również część dokumentów dotyczących tego podmiotu, w tym kwestii odnoszących się do karalności (str. 204-212 wniosku).

Pismem z dnia 23 września 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów – Wykazu wykonanych dostaw, wskazując, że wykonawca utajnił ten dokument oraz dowody złożenie wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, mające potwierdzać należyte wykonanie tychże dostaw. Zamawiający wskazał, że wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu Wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich. Mimo tego wykonawca przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów tylko jednego z trzech podmiotów udostępniających zasoby (dodatkowo kserokopię). Zamawiający stwierdził, że z uwagi na fakt, iż podmiot udostępniający wykonawcy zasoby, którego zobowiązanie w kopii złożył wykonawca wraz ze swoim wnioskiem, zgodnie ze swoim zobowiązaniem, będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca, to wykonawca winien w takiej sytuacji przedstawić wraz z wnioskiem dokumenty dotyczące tego podmiotu wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu, potwierdzające, iż podmiot udostępniający zasoby nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający wskazał również na wymóg dotyczący udowodnienia dysponowania zasobami, jak również na zawarty w Ogłoszeniu o zamówieniu wymóg złożenia pisemnego oświadczenia wykonawcy. Ponadto, Zamawiający wskazał, jakie dokumenty są wymagane w przypadku wykazywania spełnienia warunków, o których mowa w

art. 22 ust. 1 Pzp, w przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Zamawiający wskazał następnie, że wykonawca załączył jedynie kopię zobowiązania jednego z trzech podmiotów udostępniających zasoby zamiast oryginału. Wykonawca nie załączył tłumaczenia na język polski dokumentów załączonych na stronie 205-2011 wniosku. Wykonawca nie przedstawił referencji do dostaw wymienionych w pkt 14 i 15 Wykazu dostaw. Ponadto z przedstawionych referencji nie wynika spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących parametrów zrealizowanych dostaw (ilość węzłów, realizacja w systemie DWDM lub MPLS). W przypadku dostaw wymienionych w poz. 1-8 Wykazu dostaw brak jest zobowiązania podmiotu udostępniającego zasób do udostępnienia tego zasobu Wykonawcy na okres realizacji zamówienia oraz brak jest pisemnego oświadczenia wykonawcy o tym, w jakim zakresie podmiot udostępniający weźmie udział w realizacji zamówienia i na jakich zasadach. Wskazano także na brak tłumaczeń dokumentów od str. 219-223 wniosku na język polski. Brak również tłumaczenia dokumentów ze str. 224. 225. 227, 229, 231 wniosku.

Pismem z dnia 29 września 2014 r., Zamawiający poinformował Odwołującego-Konsorcjum o przedłużeniu terminu do uzupełnienia dokumentów. W uzupełnieniu wezwania z dnia 23 września 2014 r., Zamawiający poinformował, że dokumenty uzupełniane przez wykonawcę winny być zgodne z treścią ogłoszenia o zamówieniu – przytaczając jednocześnie treść Sekcji III.2.1) pkt VII i VIII Ogłoszenia o zamówieniu.

W odpowiedzi, pismem z dnia 2 października 2014 r. Odwołujący Asseco Poland S.A. wskazał na uzupełnienie dokumentów: zobowiązania podmiotów do udostępnienia zasobów, referencji dot. pkt 14 i 15 wykazu, tłumaczenia. Wykonawca odniósł się także do treści wezwania (str. 11-15). Przy piśmie zostały złożone m.in. Oświadczenie producenta z dnia 11 września 2014 r., zaświadczenie notarialne (str. 71 i 72).

Pismem z dnia 7 października 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał Odwołującego Asseco do złożenia wyjaśnień: Czy osoba wskazana w dokumencie z dnia 2 września 2014 r. zatytułowanym „zobowiązanie” - jako działająca w imieniu podmiotu udostępniającego (str. 63 pisma z dnia 2.10.2014 r.), złożyła własnoręczny podpis, czy zamiast podpisu złożyła odcisk podpisu (faksymile, pieczętka imienna, inna forma niebędąca własnoręcznym podpisem tejże osoby), a jeżeli osoba ta nie złożyła własnoręcznego podpisu, to Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia uzasadnienia niezłożenia własnoręcznego podpisu przez tę osobę na powyższym dokumencie. Zamawiający wezwał także do złożenia wyjaśnień, czy osoba wskazana w dokumencie z dnia 11.09.2014 r. oraz w dokumencie znajdującym się na stronie 66 i 67 pisma wykonawcy z dnia 2.10.2014 r., jako prawny reprezentant podmiotu składającego ww. oświadczenia, złożyła własnoręczny podpis czy zamiast podpisu złożyła odcisk podpisu (faksymile, pieczętka imienna, inna forma niebędąca własnoręcznym podpisem tejże osoby),

a jeżeli osoba ta nie złożyła własnoręcznego podpisu, to Zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia uzasadnienia niezłożenia własnoręcznego podpisu przez tę osobę na powyższych dokumentach. Zamawiający wezwał również do wyjaśnienia: Czy osoba podpisująca w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy dokumenty znajdujące się na str. 42 i 43 pisma wykonawcy z dnia 2.10.2014 r. posiada uprawnienie do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy i z czego takie uprawnienie wynika.

Odwołujący pismem z dnia 8 października 2014 r. złożył wyjaśnienia, wskazując jednocześnie, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 16 października 2014 r., Zamawiający zawiadomił o wykonawcach wykluczonych z postępowania i podstawie wykluczenia. Z postępowania wykluczeni zostali m.in. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm Konwerga Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, Verbicom S.A. z siedzibą w Poznaniu, Versim S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawca Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

W odniesieniu do Odwołującego Konsorcjum Zamawiający wskazał, że wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Zamawiający uzasadnił swoją decyzję tym, że wykonawca wykazując spełnienie wymogu posiadania określonej w ogłoszeniu o zamówieniu wiedzy i doświadczenia polegał na wiedzy i doświadczeniu innego niż wykonawca podmiotu. Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu warunek, iż wykonawca, który wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu, korzystając z zasobów innych podmiotów, winien złożyć wraz z ofertą dokument – pisemne oświadczenie, w którym wykonawca wskaże wyraźnie: a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający wskazał, że przedstawienie powyższego dokumentu służyć miało precyzyjnemu określeniu zakresu, sposobu, czasookresu korzystania z zasobów podmiotów trzecich przez wykonawcę oraz ustaleniu, czy podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, czy udostępnienie zasobów będzie realne. Ma to szczególne znaczenie w przypadku udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W ocenie Zamawiającego oświadczenie wykonawcy winno być zgodne z dokumentem przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 26 ust. 2b Pzp), tj. z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego do oddania wykonawcy zasobów na czas realizacji zamówienia. Porównanie treści tych dwóch dokumentów winno potwierdzać, że wykonawcy będą dysponowali udostępnionym zasobem w czasie realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał następnie, że wykonawca w zakresie udostępnionego potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia załączył do wniosku odpis koncesji na

prowadzenie działalności przez podmiot udostępniający doświadczenie wraz z tłumaczeniem na język polski. Wobec faktu, że wykonawca do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie załączył: 1) oryginału zobowiązania podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, a jedynie kopię zobowiązania (str. 438 wniosku), 2) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania potwierdzonego za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający doświadczenie (str. 444 wniosku), 3) pozostałych wymaganych zgodnie z ogłoszeniem dokumentów wymaganych od podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy, który będzie brał udział w realizacji zamówienia, Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia wniosku w zakresie Wykazu głównych dostaw i dokumentów potwierdzających, że dostawy te zostały lub są realizowane należycie, wskazując wykonawcy uzasadnienie tego wezwania. Zgodnie z wezwaniem dokonany przez Zamawiającego, wykonawca zobowiązany był do złożenia w zakresie wykazania, iż posiada wymaganą wiedzę i doświadczenie: 1) oryginału zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, 2) dokumentów potwierdzających, iż wobec podmiotu udostępniającego nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie, podmiot ten nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, osoby zarządzające podmiotem udostępniającym zasoby nie były karane w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10, 11 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że z uwagi na akcentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz w doktrynie prawa pogląd, iż na skutek wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca może zamiast pierwotnie złożonego wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie złożyć inny wykaz, a co za tym idzie również inne dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wezwał wykonawcę wyraźnie do złożenia wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

W terminie zakreślonym wykonawca nie złożył nowego wykazu głównych dostaw, lecz poinformował tylko, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie wykonawcy mimo, iż złożył w dokumencie z dnia 2 września 2014 r. zobowiązanie do wzięcia udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, a więc Zamawiający nie może żądać dokumentów wskazanych w wezwaniu do uzupełnienia wniosku. Mimo tego wyjaśnienia załączył oryginał zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie oraz oświadczenie tego podmiotu z dnia 11 września 2014 r. o tym, iż podmiot ten nie znajduje się w stanie upadłości lub likwidacji, nie zalega z uiszczaniem podatków i składek na obowiązkowe ubezpieczenie zdrowotne i społeczne oraz nie orzeczono wobec tego podmiotu zakazu ubiegania się o zamówienie.



Oświadczenie to zostało opatrzone pieczęcią spółki udostępniającej zasoby i podpisem w postaci odcisku podpisu jej reprezentanta.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego udostępniającego mu wiedzę i doświadczenie, co wynika z faktu, iż:

- a) wykonawca nie wskazał, w jakim okresie będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu udostępniającego wykonawcy wiedzę i doświadczenie (nie wskazał tego ani we wniosku, ani też w uzupełnieniu do wniosku),
- b) wykonawca złożył sprzeczne z treścią zobowiązania do udostępnienia zasobów oświadczenie, iż podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, mimo, iż z treści wniosku wykonawcy wynika, że podmiot udostępniający wykonawcy doświadczenie weźmie udział w realizacji zamówienia, choćby poprzez realizację zgłoszeń reklamacyjnych w okresie gwarancji, a także wyprodukuje urządzenia konieczne dla realizacji nn. zamówienia i będzie je dostarczał za pośrednictwem dystrybutora,
- c) podmiot udostępniający wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia wyraźnie wskazał, że zobowiązuje się do realizacji zamówienia, jako podwykonawca,
- d) wykonawca już we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożył – choć częściowo niezgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu i z przepisami rozporządzenia – dokumenty wymagane w sytuacji, gdy podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia,
- e) oświadczenie z dnia 11 września 2014 r. (str. 25 uzupełnienia wniosku wykonawcy) złożone przed notariuszem przez przedstawiciela podmiotu udostępniającego wykonawcy wiedzę i doświadczenie zostało złożone z naruszeniem § 4 ust. 3 rozporządzenia, gdyż przed notariuszem oświadczenie to złożyła osoba nie reprezentująca podmiot udostępniający zasoby i jednocześnie osoba, która nie złożyła podpisu pod tym dokumentem w obecności notariusza,
- f) dokumenty, które wykonawca złożył – odnośnie podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia – wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w ramach uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego, zostały sporządzone sprzecznie z § 7 ust. 2 rozporządzenia, gdyż kopie dokumentów dotyczących ww. podmiotu udostępniającego zasoby potwierdził za zgodność z oryginałem wykonawca, a nie podmiot udostępniający zasoby.

Ponadto, Zamawiający stanął na stanowisku, że złożenie oświadczenia woli w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów w takiej postaci jak to uczynił podmiot udostępniający zasoby jest sprzeczne z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego. W ocenie Zamawiającego dla ważności zobowiązania do udostępnienia zasobów wymagany jest, co najmniej podpis osoby

uprawnionej do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby na tymże oświadczeniu. Wskazane przez wykonawcę, w wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego, przepisy prawa kraju, w którym podmiot udostępniający ma siedzibę nie potwierdzają, iż przepisy te zezwalają na złożenie oświadczenia woli tego podmiotu poprzez odcisnięcie tylko faksymili (odcisku podpisu) osoby uprawnionej do reprezentacji tego podmiotu zamiast, jak wymaga tego art. 78 Kodeksu cywilnego, własnoręcznego podpisu.

W odniesieniu do wykonawcy Asseco S.A. z siedzibą w Rzeszowie, Zamawiający poinformował, że wykonawca został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu czynności wykluczenia wykonawcy Zamawiający wskazał, że wykonawca wykazując spełnienie warunku posiadania określonej w ogłoszeniu o zamówieniu wiedzy i doświadczenia, polegał na wiedzy i doświadczeniu trzech innych niż wykonawca podmiotów. Dwa z trzech podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby miały doświadczenie w realizacji dostaw urządzeń w technologii DWDM i MPLS, a jeden z tych podmiotów tylko w zakresie technologii DWDM. Zamawiający przeprowadził analizę prawidłowości udostępnienia wiedzy i doświadczenia wykonawcy przez podmioty posiadające doświadczenie zarówno w dostawie sprzętu w technologii DWDM, jak i MPLS. Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu warunek, iż wykonawca, który wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu korzystając z zasobów innych podmiotów, winien złożyć wraz z wnioskiem dokument – pisemne oświadczenie. Przedstawienie tego dokumentu miało służyć precyzyjnemu określeniu zakresu, sposobu, czasookresu korzystania z zasobów podmiotów trzecich oraz ustaleniu czy podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia. W ocenie Zamawiającego oświadczenie wykonawcy winno być zgodne z dokumentem przewidzianym w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 26 ust. 2b Pzp), tj. z zobowiązaniem podmiotu udostępniającego do oddania wykonawcy zasobów na czas realizacji zamówienia.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia Wykazu głównych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie, z uwagi na to, iż wykonawca nie załączył do przedmiotowego wykazu zobowiązań do udostępnienia zasobów podpisanych przez podmioty, z których zasobów wykonawca zamierzał skorzystać w czasie realizacji zamówienia i wykazując przez to spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także dokumentów dotyczących tychże podmiotów i dokumentów potwierdzających należyłą realizację dostaw wskazanych w wykazie dostaw (część referencji nie była przetłumaczona na język polski).

Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył Wykaz głównych dostaw oraz dodatkowe dokumenty mające potwierdzić, że dostawy wskazane w Wykazie dostaw zostały wykonane należycie. Zamawiający uznał, że wykonawca mimo uzupełnienia dokumentów i złożonych wyjaśnień nie wykazał, iż posiada wymaganą w ogłoszeniu o

zamówieniu wiedzę i doświadczenie, w szczególności nie wykazał, że wiedzę i doświadczenie udostępnią wykonawcy inne podmioty.

W pierwszym rzędzie Zamawiający uznał, że wykonawca nie wskazał, w jakim zakresie będzie korzystał z zasobów podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby, w tym wiedzę i doświadczenie. Z wymaganego zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu pisemnego oświadczenia wykonawcy w tym zakresie wynika tylko, że podmioty udostępniające wykonawcy zasoby będą jedynie wspierały wykonawcę merytorycznie i pełniły rolę konsultacyjno – doradczą. Wykonawca nie wskazał, mimo wyraźnego postanowienia zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania tych zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia (wskazanie jedynie, że podmiot ten będzie pełnił funkcję doradczą nie można uznać za wystarczający opis udostępnienia zasobów), charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający uznał, że wiedza i doświadczenie podmiotu udostępniającego wykonawcy tenże zasób nie jest wystarczająca, gdyż podmiot ten nie posiada doświadczenia w realizacji dostaw urządzeń aktywnych w technologii MPLS (posiada tylko doświadczenie w dostawach urządzeń na potrzeby systemów w paśmie optycznym DWDM).

Drugi podmiot udostępniający wykonawcy wiedzę i doświadczenie nie złożył prawidłowego zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdyż w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego złożył dokument „Zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia”, podpisany przez osobę nieupoważnioną do działania w imieniu tegoż podmiotu udostępniającego zasoby, co wykonawca potwierdził w piśmie z dnia 8.10.2014 r., potwierdzając wyraźnie, iż osoba, która podpisała zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy zasobów nie była umocowana do podpisania dokumentów załączonych w uzupełnieniu wniosku Wykonawcy. Wykonawca załączył jednocześnie do pisma z dnia 8.10.2014 r. dokument podpisany przez rzekomo umocowaną osobę, lecz dokumenty te zostały złożone po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego i ich uwzględnienie przez Zamawiającego stanowiłoby ponowne uzupełnienie wniosku wykonawcy w tym zakresie, co jest niezgodne z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał następnie, że trzeci podmiot udostępniający wykonawcy zasoby w postaci a) wiedzy i doświadczenia, b) potencjału technicznego, c) osób zdolnych do realizacji zamówienia, d) zdolności finansowej, posiadał według treści Wykazu dostaw złożonego przez wykonawcę doświadczenie w realizacji dostaw urządzeń zarówno na potrzeby systemu DWDM jak i MPLS. Podmiot ten złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie a) wiedzy i doświadczenia, b) potencjału technicznego, c) osób zdolnych do realizacji zamówienia, d) zdolności finansowej. Zobowiązanie to jest jedyny dokument, z którego wynika zakres udostępnienia wykonawcy zasobów tego podmiotu trzeciego, gdyż wykonawca nie

złożył ani we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani też w jego uzupełnieniu dokumentu opisującego zgodnie z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający w tym zakresie za niewystarczające uznał lakoniczne, bo zawarte w jednym zdaniu stwierdzenie, że podmioty z których zasobów wykonawca korzysta wesprą wykonawcę merytorycznie i pełnić będą rolę konsultacyjno – doradczą w niniejszym zamówieniu (str. 12 pisma wykonawcy z dnia 2.10.2014 r.). Takie określenie zakresu korzystania z potencjału podmiotów, których zasobami chce się posłużyć wykonawca, nie daje odpowiedzi na pytanie o zakres udziału tych podmiotów przy wykonywaniu zamówienia, co ma istotne znaczenie tym bardziej w sytuacji, gdy trzy różne podmioty udostępniają temu samemu wykonawcy różne zasoby. Również treść zobowiązań podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby, w tym wiedzę i doświadczenie budzi poważne wątpliwości Zamawiającego w porównaniu do treści dokumentu sporządzonego przez wykonawcę, w którym wykonawca wskazuje jedynie, że udostępniające zasoby podmioty wesprą wykonawcę merytorycznie pełniąc rolę konsultacyjno – doradczą, nie precyzując w jakim zakresie, czasookresie, na jakiej podstawie to doradztwo ma być świadczone. Ponadto trzeci podmiot udostępniający zasoby wykonawcy wyraźnie wskazał w swoim zobowiązaniu, że weźmie udział w realizacji zamówienia, jako podwykonawca. Tak znaczna rozbieżność między treścią zobowiązania podmiotu udostępniającego a oświadczeniem wykonawcy skłoniła Zamawiającego do uznania, że wykonawca w ten sposób próbuje ominąć wymóg przedłożenia wszystkich wymaganych w ogłoszeniu dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia. Ponadto z treści zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy zasoby wynika, że ten podmiot obok wiedzy i doświadczenia udostępnia wykonawcy też potencjał techniczny, finansowy i osoby zdolne do realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że mimo złożonych w uzupełnieniu wyjaśnień wykonawca załączył do pisma z dnia 2.10.2014 r., dokumenty dotyczące trzech podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby.

Zamawiający uznał, że pierwszy z trzech podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby opisane w poz. 1 – 3 tabeli zawartej w Wykazie dostaw nie posiada doświadczenia w realizacji dostaw urządzeń dla systemu MPLS, więc w oparciu tylko o te udostępnione zasoby wykonawca nie wykazał spełnienia warunku posiadania wymaganej w ogłoszeniu o zamówieniu wiedzy i doświadczenia.

Drugi podmiot udostępniający wykonawcy zasoby posiadał opisane w poz. 4 – 8 tabeli zawartej w Wykazie dostaw doświadczenie w realizacji dostaw urządzeń na potrzeby zarówno

systemu DWDM jak i MPLS. Zamawiający nie mógł jednak uwzględnić doświadczenia tego podmiotu, gdyż wykonawca nie wykazał, że w ogóle będzie dysponował tymże potencjałem, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów złożył po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego (dopiero wraz z pismem z dnia 8.10.2014 r.).

Trzeci podmiot udostępniający wykonawcy zasoby posiadał opisane w poz. 9 – 15 tabeli zawartej w Wykazie dostaw doświadczenie w realizacji urządzeń zarówno na potrzeby systemu DWDM jak i MPLS. Po analizie dokumentów złożonych przez wykonawcę dotyczących trzeciego podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy, Zamawiający uznał, że wykonawca na str. 63 i 66 (załączniki do pisma wykonawcy z dnia 2.10.2014 r.) złożył oryginały dokumentów złożonych w imieniu podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy, jednak dokumenty te nie zostały podpisane, a osoba w nich wskazana jako upoważniona do reprezentacji ww. podmiotu złożyła jedynie odcisk własnego podpisu (faksymila). Zaś na str. 67, 73, 74, 76, 77, 80, 81 (załączniki do pisma wykonawcy z dnia 2.10.2014 r.) znajdują się niepotwierdzone przez ten podmiot udostępniający kopie dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Dokumenty znajdujące się na str. 84, 86, 88, 90, 92 nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Ponadto Zamawiający uznał, że oświadczenie z dnia 11.09.2014 r. złożone przed notariuszem przez przedstawiciela podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby, zostało złożone z naruszeniem przepisu § 4 ust. 3 rozporządzenia, gdyż przed notariuszem oświadczenie to złożyła osoba nie reprezentująca podmiot udostępniający zasoby i osoba, która nie złożyła podpisu pod tym dokumentem w obecności notariusza.

Dokumenty, które wykonawca złożył – odnośnie podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia – wraz z uzupełnieniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – na wezwanie Zamawiającego – zostały sporządzone niezgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia, gdyż kopie dokumentów dotyczących ww. podmiotu udostępniającego zasoby potwierdził za zgodność z oryginałem wykonawca, a nie podmiot udostępniający.

W tej sytuacji Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami innych podmiotów udostępniających wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, w zakresie koniecznym dla wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto, Zamawiający stanął na stanowisku, że złożenie oświadczenia woli w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów w takiej postaci, jak to uczynił trzeci podmiot udostępniający zasoby jest sprzeczne z art. 25 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego. W ocenie Zamawiającego dla ważności zobowiązania do udostępnienia zasobów wymagany jest co najmniej podpis osoby uprawnionej do reprezentacji podmiotu udostępniającego zasoby na tymże oświadczeniu. Wskazane przez wykonawcę w wyjaśnienia złożonych na wezwanie Zamawiającego przepisy

prawa kraju, w którym podmiot udostępniający ma siedzibę nie potwierdzają, iż przepisy te zezwalają na złożenie oświadczenia woli tego podmiotu poprzez odcisnięcie tylko faksymili (odcisku podpisu) osoby uprawnionej do reprezentacji tego podmiotu zamiast, jak wymaga tego art. 78 Kodeksu cywilnego, własnoręcznego podpisu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia wniesionych odwołań, a Odwołujący posiadają legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania Izba – mając na uwadze stan sprawy ustalony w toku postępowania, uwzględniając jednocześnie skutki wynikające z rozkładu ciężaru dowodowego oraz zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 190 ust. 1 Pzp; art. 192 ust. 7 Pzp) – uznała, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.**

Kwestią kluczową dla niniejszej sprawy – która to kwestia w sposób tożsamy odnosi się do obu odwołań – jest udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji części zamówienia. Przedmiotowa okoliczność determinowała bowiem ocenę, co do prawidłowości działań Zamawiającego polegających na żądaniu złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, jak również ocenę, co do powziętej ostatecznie decyzji, iż Odwołujący nie sprostali temu obowiązkowi, nie przedłożyli w sposób prawidłowy i kompletny wymaganych dokumentów, a tym samym nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, okoliczności niniejszej sprawy nakazywały powzięcie wniosku, iż Zamawiający trafnie uznał, że Odwołujący – wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp – polegali na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te miały brać udział w realizacji zamówienia. W konsekwencji, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający zasadnie żądał uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, a obowiązkiem Odwołujących było przedłożenie Zamawiającemu właściwych dokumentów – czego, zdaniem Izby, nie uczynili.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W myśl § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231), jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3. W niniejszym postępowaniu Zamawiający skorzystał z tego prawa, dając temu wyraz w Sekcji III.2.1) pkt V Ogłoszenia o zamówieniu.

Analiza treści złożonych przez Odwołujących zobowiązań podmiotu trzeciego (datowanych na 2 września 2014 r.) wskazuje, w ocenie Izby, w sposób jednoznaczny na udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Należy przy tym zauważyć, że Odwołujący kwestionowali jedynie zadeklarowane podwykonawstwo, podczas gdy szczegółowa ocena tych dokumentów pozwalała na przyjęcie, że także kolejne sposoby udostępnienia zasobów, wskazane w treści przedmiotowych zobowiązań, mogły stanowić dalsze podstawy do powzięcia wniosku o udziale podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Udział podmiotu trzeciego może bowiem, lecz nie musi przybierać formy podwykonawstwa i także inne sposoby czy formy udostępnienia zasobu mogą determinować ocenę, co do tego, że w danym przypadku realne udostępnienie zasobu musi wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia.

Izba w sposób krytyczny oceniła argumenty Odwołujących nakierowane na wykazanie braku udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, które zostały oparte na twierdzeniach, że zobowiązanie ma charakter jednostronny, do wykonawcy należy określenie, w jakim zakresie zamierza skorzystać z możliwego do wykorzystania wsparcia podmiotu trzeciego, wykonawcy nie przyjęli tego zobowiązania, nie są nim więc związani w sposób całościowy, a jedynie w części odpowiadającej ich potrzebom, a jednocześnie skutecznie zakwestionowano przed Zamawiającym występowanie podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Skoro zobowiązanie zostało złożone przez Odwołujących w takim kształcie i o takiej treści, która – jak wskazano powyżej – wskazywała w sposób jednoznaczny na udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia to tym samym każdy z tych wykonawców objął także swoim oświadczeniem woli to wszystko, co wynikało z treści tych zobowiązań, a więc w tym przypadku oświadczeniem wykonawców – niezależnie od oświadczenia podmiotu trzeciego – został objęty udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, wynikający z treści złożonego wraz z wnioskiem zobowiązania podmiotu trzeciego.

Izba nie podzieliła w konsekwencji stanowiska, że poprzez zanegowanie na etapie wyjaśnień udziału podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, Odwołujący mogli zmienić pierwotną treść swojego wniosku – na którą to treść składała się także treść

zobowiązania podmiotu trzeciego – a w konsekwencji, że mogli zwolnić się z obowiązku przedłożenia stosownych dokumentów. Należy wyrazić wątpliwość, co do dopuszczalności tego rodzaju działań, prowadzących w istocie do zmiany treści jednostronnego oświadczenia woli (zobowiązania) przez podmiot nie będący podmiotem składającym oświadczenie (zobowiązanie), ale będący adresatem/beneficjentem zobowiązania. Oczywiście istnieje możliwość dokonywania wyjaśnień kwestii udziału podmiotu trzeciego, jednak odnieść to należy do sytuacji, gdy istnieją wątpliwości w tym zakresie, a nie – jak w sprawie niniejszej – gdy treść zobowiązania w sposób wyraźny i jednoznaczny wskazuje na udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Zamawiający zasadnie nie powziął wątpliwości w tym zakresie i przyjął stanowisko o udziale podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia, czemu dał wyraz w wezwaniu do złożenia wymaganych dokumentów (a nie wezwaniu do wyjaśnienia udziału podmiotu trzeciego).

Należy uznać, że takie działania, jak nie przyjęcie części zobowiązania podmiotu trzeciego, na zasoby którego wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca powinien podejmować wobec podmiotu trzeciego i to przed złożeniem wniosku (czy oferty) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiającemu wykonawca składa zaś zobowiązanie przedstawiające już ustalenia poczynione w tym zakresie. Zamawiający nie jest stroną uzgodnień dokonanych przez wykonawcę i podmiot trzeci, a tym samym nie jest podmiotem, wobec którego wykonawca może niejako wybierać, z których form udostępnienia, spośród zadeklarowanych, zamierza korzystać i oświadczać – wbrew treści zobowiązania – że nie przewiduje udziału podmiotu w realizacji części zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdy powstaje konieczność i trudności związane z uzupełnieniem dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Jeżeli podmiot trzeci udzielający zasobów objął swoim zamiarem udział w realizacji części zamówienia i takie oświadczenie nie odpowiada wykonawcy to wykonawca ten nie powinien w ogóle składać tego rodzaju zobowiązania. Czyni to bowiem wbrew treści otrzymanego zobowiązania, a więc należy przyjąć, że także wbrew ustaleniom poczynionym z podmiotem trzecim. W niniejszej sprawie Odwołujący nie przedstawili przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie tego, że nie zostało przez nich przyjęte zobowiązanie do udziału podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy, w szczególności nie przedłożyli dowodów, które potwierdzałyby, że przed złożeniem wniosku w niniejszym postępowaniu oświadczyli podmiotowi trzeciemu powyższą okoliczność oraz, że tego rodzaju oświadczenie zostało przyjęte przez podmiot trzeci i nie wpłynęło na ważność udzielonego zobowiązania. W przypadku jednostronnej odmowy przyjęcia części zobowiązania powstaje wątpliwość, co do dalszego istnienia zobowiązania w ogóle, w kształcie zmienionym w sposób dowolny przez wykonawcę. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, że udział w charakterze podwykonawcy – wiążący się dla podmiotu trzeciego z określonymi korzyściami – może stanowić jeden z warunków udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Zamawiający zasadnie wskazał, że treść tego zobowiązania



powinna korespondować ze stanowiskiem wykonawcy. W związku z zaistniałymi sprzecznościami Zamawiający miał więc uzasadnione podstawy do przyjęcia krytycznej oceny, co do wykazania realności posiadania niezbędnych zasobów.

W niniejszej sprawie Izba wzięła pod uwagę również to, że Odwołujący swoimi działaniami potwierdzili *de facto* udział podmiotu trzeciego w realizacji części zamówienia. Należy zauważyć, że Odwołujący-Konsorcjum oraz Odwołujący Asseco już przy wniosku złożyli dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego (przykładowo oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, czy dotyczące karalności, koncesji), a następnie dokumenty te składali w ramach uzupełnienia na skutek wezwań Zamawiającego. Izba nie znalazła podstaw do uznania twierdzeń, iż tego rodzaju działania były podejmowane omyłkowo bądź „ponad” obowiązki ciążące na wykonawcy. Jeżeli, Odwołujący nie zgadzali się z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego winni byli kwestionować działanie Zamawiającego na ówczesnym etapie postępowania, korzystając ze środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie Pzp. Skoro nie podjęli tego rodzaju działań, a wręcz przeciwnie starali się uczynić zadość wezwaniu Zamawiającego, to tym samym zaakceptowali działania Zamawiającego. Nie zasługuje na akceptację późniejsze kwestionowanie czynności Zamawiającego, dowodzenie bezzasadności wystosowanego wezwania, w sytuacji, gdy wykonawca nie zaskarżył tej czynności i dopiero po negatywnej ocenie Zamawiającego podjął próbę odwrócenia niekorzystnych dla siebie skutków, opierając się przy tym na zanegowaniu wynikającego wprost z treści zobowiązania – jak również bezpośrednio z podjętych przez wykonawcę działań – udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zaakceptowanie tego rodzaju praktyki mogłoby doprowadzić do swoistego paraliżu czynności zamawiającego – każdy wykonawca, wobec którego zamawiający nie uznałby ostatecznie prawidłowości złożonych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, mógłby podnosić, iż udostępnienie zasobów nie miało wiązać się z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, a tym samym żądać unieważnienia wszystkich wcześniejszych czynności/wezwań zamawiającego, co do których zamawiający miał uzasadnione podstawy, i wobec których wykonawca podejmował (nieskutecznie) starania ich wykonania. Ponadto, na co zasadnie zwrócił uwagę Zamawiający, zaakceptowanie tego rodzaju dowolności w zakresie zmiany zobowiązania podmiotu trzeciego, fragmentarycznego traktowania treści zobowiązania w sposób odpowiadający aktualnym twierdzeniom wykonawcy, mogłoby prowadzić do obejścia przepisów dotyczących przedkładania dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.

Podsumowując tę część wywodów, Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo żądał przedstawienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. Izba uznała jednocześnie, że Odwołujący nie wykonali obowiązku złożenia wszystkich wymaganych dokumentów – co wynika z wadliwości oświadczeń z dnia 11 września 2014 r.

Zgodnie z § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia, jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio.

W ocenie Izby, Zamawiający zasadnie przyjął, że oświadczenia złożone przez Odwołujących nie są oświadczeniami złożonymi przed notariuszem, a więc nie spełniają one wymogów, o których mowa w powołanym powyżej przepisie. Złożenie oświadczenia przed notariuszem, zdaniem Izby, oznacza, że notariusz zostanie zapoznany z treścią takiego oświadczenia. Jak wynika z analizy oświadczeń złożonych przez Odwołujących, czynności notariusza ograniczyły się w tym przypadku jedynie do udzielenia przez niego zaświadczenia, że jeden pełnomocnik potwierdził, że pieczęć podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby oraz podpis przedstawiciela prawnego na tym dokumencie zostały umieszczone przez tego przedstawiciela prawnego. Z zaświadczenia notarialnego w ogóle nie wynika, by notariusz został zapoznany z treścią oświadczenia, by było mu ono znane, a więc by mogło one zostać uznane za oświadczenie złożone przed notariuszem. Czynności notarialne odnosiły się do poświadczenia złożenia pieczęci i podpisu przez określoną osobę, a nie złożenia oświadczenia przed notariuszem.

Odwołujący nie wykazali przy tym, że poświadczenie notarialne podpisu i pieczęci powinno być traktowane w sposób tożsamy ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem. W szczególności nie wykazano, by czynności notariusza polegające na potwierdzeniu jedynie tego, że jedna osoba zaświadczyła przed nim o złożeniu pieczęci i podpisu przez inną osobę, mogły być traktowane, jak czynności złożenia oświadczenia przed notariuszem. W tym zakresie sam dowód złożony przez Odwołującego Asseco Poland S.A., w postaci opinii prawnej, przeczył takiemu założeniu. W przedmiotowej opinii wskazano, w ocenie Izby, na zasady przeprowadzania czynności notarialnych, zgodnie z zasadami prawa chińskiego. Jak wynika z treści tej opinii pełnomocnik, który stawia się u notariusza wykazuje umocowanie do działania w imieniu podmiotu, następnie notariusz sprawdza poprawność wystawionego pełnomocnictwa i dopuszcza pełnomocnika do czynności. W ocenie Izby, już w świetle tej opinii, należało uznać, że w tym przypadku pełnomocnik powinien zostać dopuszczony przez notariusza do czynności złożenia oświadczenia (obejmującego informacje zawarte w Oświadczeniu producenta), przy czym uprawnienie do dokonania tej czynności powinno wynikać z treści posiadanego przez pełnomocnika pełnomocnictwa – a nie jedynie do czynności zaświadczenia przez jednego pełnomocnika, że dany podpis i pieczęć zostały złożone przez przedstawiciela prawnego podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby. W

pozostałym zakresie Izba nie uznała znaczenia dowodu w postaci ww. opinii prawnej. Przedmiotowa opinia odnosiła się bowiem do kwestii, które nie miały wpływu na zasadność zakwestionowania przez Zamawiającego złożonych przez Odwołujących oświadczeń producenta. Jak wskazano w treści opinii jej przedmiotem były następujące zagadnienia: czy oświadczenie woli chińskiego podmiotu korporacyjnego opatrzone faksymile osoby reprezentującej podmiot oraz okrągłą firmową pieczęcią jest ważne zgodnie z zasadami prawa chińskiego oraz kto może reprezentować chiński podmiot korporacyjny przed notariuszem. Istota sporu nie dotyczyła w tym zakresie ważności podpisu i pieczęci, czy uprawnienia do reprezentowania podmiotu przed notariuszem, lecz tego, czy złożenie zaświadczenia przed notariuszem jedynie o złożeniu pieczęci i podpisu przez innego przedstawiciela prawnego podmiotu trzeciego jest tożsame ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem. W ocenie Izby nie jest, nie doszło tu bowiem w ogóle do złożenia oświadczenia przed notariuszem, które dotyczyłoby informacji wymaganych § 4 ust. 3 ww. rozporządzenia. Należy dodatkowo wskazać, że przedmiotowa opinia zawierała argumentację zbliżoną, a częściowo tożsamą, z argumentacją zawartą w odwołaniu Asseco Poland S.A.

W odniesieniu do powyższej okoliczności – złożenia oświadczenia przed notariuszem – Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku Odwołującego Asseco Poland S.A. o przeprowadzenie dowodu, co do prawa. Okoliczności, na które powołany został przedmiotowy dowódów nie stanowiły, zdaniem Izby, okoliczności – jak wskazał Odwołujący – niezbędnych do wydania orzeczenia. Dowód ten został złożony w istocie dla wykazania tożsamych okoliczności, jak te, na które została złożona już ww. opinia prawna. W odniesieniu do kwestii dotyczących złożenia oświadczenia przed notariuszem okoliczności te pozostawały okolicznościami irrelewantnymi.

Na marginesie powyższych rozważań, jedynie informacyjnie, w odniesieniu do wniosku o przeprowadzenie dowodu, co do prawa, oraz twierdzeń o konieczności ustalenia przez Izbę treści prawa obcego, można także wskazać na przepis art. 10 ust. 2 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, zgodnie z którym jeżeli nie można stwierdzić w rozsądnym terminie treści właściwego prawa obcego, stosuje się prawo polskie. W przypadku argumentowania przez Odwołującego o konieczności ustalenia przez Izbę, czy treść prawa chińskiego zrównuje w skutkach złożenie przed notariuszem jedynie zaświadczenia o złożeniu podpisu i pieczęci przez przedstawiciela prawnego podmiotu ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem na okoliczności wskazane w treści Oświadczenia producenta (czego Odwołujący jednak nie podnosił, a okoliczności, na które złożył ww. wnioski dowodowe nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia tej okoliczności) wydaje się – mając w szczególności na uwadze specyfikę postępowań o zamówienie publiczne oraz specyfikę postępowań odwoławczych, w tym wyrażony w ustawie Pzp postulat szybkości rozpoznawania odwołań (art. 189 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym Izba rozpoznaje odwołanie w terminie 15 dni od dnia jego doręczenia Prezesowi Izby) – że całościowa i łączna wykładania ww. przepisów stanowiłaby

wystarczającą podstawę do zastosowania przez Izbę prawa polskiego. Powołany przepis art. 10 ust. 2 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe zawiera normę kolizyjną o szczególnym charakterze, która może być wykorzystywana także przez organy orzekające. Na jej podstawie może dojść do ustalenia stanu prawnego, na który to obowiązek wskazywał Odwołujący w treści swojego wniosku dowodowego – przy czym ustalenie to może oznaczać ustalenie zastosowania prawa polskiego. Mając na uwadze powyższe, uzasadnionym wydaje się oczekiwanie, by wykonawca wywodzący korzystne dla siebie skutki z treści prawa obcego przedkładał także samodzielnie w toku postępowania dowody potwierdzające zasadność swoich twierdzeń. Tego rodzaju działanie, może zabezpieczyć go przed zastosowaniem ww. regulacji, zwłaszcza w takich sprawach, w których zachowanie terminu „rozsądnego” dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czy postępowania odwoławczego, w odniesieniu do ustalenia treści prawa obcego, jest utrudnione, czy wręcz niemożliwe.

Ponadto, także na marginesie – gdyż Zamawiający nie czynił tej okoliczności podstawą swojej decyzji, a wobec oddalenia odwołań okoliczność ta pozostaje już nieaktualna – Izba wskazuje, że skorzystanie z możliwości złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie nie zostało pozostawione przez prawodawcę do swobodnego uznania wykonawcy. Prawo do skorzystania z tej możliwości aktualizuje się w ściśle określonej sytuacji, a mianowicie, gdy w danym kraju nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 § 4 ww. rozporządzenia. Dokumenty te, zgodnie z ust. 1 § 4 rozporządzenia, to dokumenty potwierdzające m.in., że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, że nie istnieją zaległości w uiszczaniu podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, że nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienie. Wykonawca chcący skorzystać z możliwości zastąpienia tych dokumentów oświadczeniem winien wykazać zamawiającemu w pierwszej kolejności, że w danym kraju tego rodzaju dokumenty nie są wydawane. W przeciwnym przypadku, gdy w danym kraju dokumenty takie – przykładowo o niezaleganiu z podatkami, czy dotyczące likwidacji lub upadłości – są wydawane, zamawiający nie powinien akceptować oświadczenia wykonawcy, którego obowiązkiem jest wówczas złożenie odpowiednich dokumentów, wystawionych dodatkowo we właściwym czasie przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert.

Podsumowując powyższe, z uwagi na fakt, iż wykonawcy nie przedłożyli Zamawiającemu poprawnie złożonego oświadczenia przed notariuszem, wykluczenie ich z postępowania było w pełni zasadne. Izba uznała także, że kierowane wezwania do uzupełnienia dokumentów były jasne i zrozumiałe dla wykonawców. Wykluczenie wykonawców z postępowania znajduje uzasadnienie także w świetle sprzeczności oświadczeń wykonawców z treścią złożonych zobowiązań, a w konsekwencji w świetle braku wykazania realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego.

Odnośnie kolejnej kwestii, odnoszącej się w sposób tożsamy do obu Odwołujących, a związanej z przyjęciem przez Zamawiającego stanowiska, że złożenie oświadczenia woli w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów jest sprzeczne z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe w zw. z art. 78 Kodeksu cywilnego, Izba wzięła pod uwagę, iż Zamawiający wezwał wykonawców do przedstawienia uzasadnienia niezłożenie własnoręcznego podpisu. Wykonawcy tego rodzaju uzasadnienie przedstawili Zamawiającemu. W związku z tym, to na Zamawiającym spoczywał ciężar wykazania, z jakich powodów nie uznał przedmiotowych wyjaśnień. Zamawiający nie przedstawił Izbie rzeczowych argumentów w tym zakresie, zaś te wskazane w piśmie z dnia 16 października 2014 r. należało uznać za niewystarczające i ogólnikowe. Jednocześnie, Odwołujący przedłożyli w toku rozprawy dowody, w postaci Oświadczenia producenta z dnia 15 września 2014 r. oraz Certyfikatu z dnia 21 października 2014 r., podważające argumentację i stanowisko Zamawiającego. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia ww. dokumentom wartości dowodowej. Izba podkreśla również, że Zamawiający oparł *de facto* swoje stanowisko na regulacjach wynikających z prawa polskiego i to z art. 78 § 1 Kc wywiódł wymóg złożenia własnoręcznego podpisu. Co prawda, Zamawiający przywołał w podstawie prawnej swojego stanowiska także art. 25 ust. 1 ww. ustawy, jednak zdaniem Izby, nie uwzględnił w sposób właściwy zasad wynikających z tego przepisu, w szczególności zasady zawartej w jego zdaniu drugim. Jeżeli dochodzi do zastosowania norm Prawa prywatnego międzynarodowego to ocena zachowania formy pisemnej nie powinna być postrzegana jedynie w kontekście wymogu wynikającego z regulacji Kodeksu cywilnego, tj. wymogu złożenia własnoręcznego podpisu – a tak, w istocie Zamawiający postąpił w niniejszej sprawie.

Odnośnie pozostałych zarzutów w sprawie KIO 2235/14, należy wskazać, iż:

W zakresie zarzutu dotyczącego obowiązku wynikającego z § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, należy wskazać, że wymóg złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia wskazującego na zakres informacji, o których stanowi ww. przepis, nie był kwestionowany przez wykonawców na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający wskazał, że przyjął w tym zakresie najmniej rygorystyczny sposób potwierdzenia m.in. realności udostępnienia zasobów. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby działanie Zamawiającego – w postaci żądania pisemnego oświadczenia wykonawcy – było działaniem, dla którego brak jest (formalnie) w przepisach prawa uzasadnienia. Wskazany przepis § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia stanowi o prawie żądania dokumentów dotyczących określonych okoliczności. Pisemne oświadczenie wykonawcy jest niewątpliwie dokumentem, a tym samym wymóg złożenia tego rodzaju dokumentu nie pozostaje w sprzeczności z brzmieniem ww. przepisu. Ujmując rzecz w sposób uproszczony – rozporządzenie daje zamawiającemu prawo żądania dokumentu, a przyjęcie przez

zamawiającego, że takim właśnie dokumentem będzie dla niego pisemne oświadczenie wykonawcy mieści się (formalnie) w zakresie przedmiotowej normy prawnej. W przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę przyjęcia przez Zamawiającego takiego właśnie sposobu zastosowania ww. przepisu, późniejsze dowodzenie, że działanie to nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu nie wydaje się zasadne. Niemniej jednak, w ocenie Izby, przyjęty przez Zamawiającego sposób działania, choć formalnie nie narusza, ani nie wykracza, ponad normę prawną zawartą w ww. przepisie, nie odpowiada istocie i celowi przedmiotowej regulacji. Wprowadzenie regulacji przewidującej możliwość żądania dokumentów dotyczących zakresu dostępnych zasobów, sposobu ich wykorzystania, charakteru stosunku, zakresu i okresu udziału innego podmiotu, miało na celu wyposażenie zamawiających w instrument prawny pozwalający na rzeczową weryfikację i ocenę dostępności i realności dysponowania zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Trudno uznać, by właściwym i obiektywnym dowodem dla wykazania powyższych okoliczności mogło być oświadczenie samego wykonawcy. Wykonawca poprzez sam fakt złożenia wniosku/oferty, przy korzystaniu z zasobów podmiotów trzecich, stara się wykazać realność udostępnienia oraz jego wystarczający zakres. Złożenie dodatkowego oświadczenia przez wykonawcę na powyższe okoliczności, które to oświadczenie zawsze może być dostosowane do wymogów zamawiającego – jest to bowiem dokument „tworzony” na potrzeby danego postępowania, w dodatku przez podmiot bezpośrednio zainteresowany jego uznaniem – może być uznane za wprowadzenie wymogu, który jedynie pozornie potwierdza kwestie, o których mowa w § 1 ust. 6 ww. rozporządzenia. Skoro Zamawiający zdecydował się na skorzystanie z prawa do żądania dokumentów to powinien był do uczynić, zdaniem Izby, w sposób który będzie odpowiadał istocie i celowi tego przepisu, i który umożliwi faktyczne zweryfikowanie interesujących Zamawiającego kwestii. W niniejszej sprawie, sam brak pisemnego oświadczenia wykonawcy nie mógłby zdyskwalifikować wniosku wykonawcy, gdyż oznaczałoby to stosowanie sankcji za niedostarczenie dokumentu, który zdaniem Izby, w sposób jedynie pozorny oddawał istotę normy prawnej zawartej w § 6 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia.

W kwestii przedłożenia niepotwierdzonych w sposób prawidłowy kopii dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego Izba uznała, że Odwołujący wykazał, że przy samym wniosku złożył prawidłowe dokumenty. Podobnie należało ocenić argumenty dotyczące kopii referencji. Analiza oryginału akt postępowania nie potwierdziła w konsekwencji stanowiska Zamawiającego.

Odnośnie pozostałych zarzutów w sprawie KIO 2218/14, należy wskazać, iż:

W ocenie składu orzekającego w niniejszej sprawie Zamawiający nie dopuścił się, co do zasady, naruszenia § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia. Izba nie uznała argumentacji Odwołującego, że dowody potwierdzające należyte wykonanie dostaw nie mieszczą się w

kategorii dokumentów objętych dyspozycją tego przepisu. Przedmiotowy przepis wyraźnie określa zasady poświadczania za zgodność dokumentów dotyczących, czy to wykonawcy, czy podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp. Należy uznać, że wprowadzenie zwrotu „odpowiednio” zostało uczynione przez prawodawcę w sposób celowy. Brak jest jednocześnie podstaw do uznania wyłączenia spod zastosowania tego przepisu dokumentów w postaci dowodów potwierdzających należyte wykonanie dostaw. Jednocześnie, Izba podkreśla, że kwestie odnoszące się do poświadczania referencji nie mogłyby stanowić samodzielnej podstawy do uwzględnienia odwołania. Podobnie okoliczności dotyczące braku precyzyjnego wezwania do usunięcia nieprawidłowości dotyczących poświadczania ww. dokumentów, gdyż faktycznie w aktach postępowaniach brak jest takiego wezwania, nie mogły przesądzić o zasadności wniesionego odwołania.

Wszystkie powyższe uwagi, co do działań Zamawiającego, nie miały ostatecznie wpływu na ocenę, że wykluczenie Odwołujących z postępowania zostało dokonane prawidłowo i znalazło oparcie w okoliczności nie uzupełnienia w sposób kompletny i prawidłowy dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, jak również w nie wykazaniu realności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Te elementy podstawy faktycznej czynności wykluczenia należało, zdaniem Izby, uznać za potwierdzone. Uwagi, co do pozostałych kwestii nie zmieniły faktu, iż w tym zakresie wykluczenie wykonawców opiera się na uzasadnionych podstawach. Należy przy tym podkreślić, iż zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Reasumując, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie dopuścił się do naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, stanowiącego podstawę wykluczenia wykonawców. Izba nie znalazła także podstaw do uznania zarzutów dotyczących naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 22 ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 2b Pzp oraz przepisu § 4 ust. 3 i § 7 ust. 2 ww. rozporządzenia. Uwagi poczynione na tle art. 25 ust. 1 ustawy Prawo prywatne międzynarodowe, art. 78 Kc, art. 26 ust. 3 Pzp, czy § 1 ust. 6 pkt 2 ww. rozporządzenia nie miały zaś wpływu na ostateczny osąd sprawy.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, zaliczając w poczet kosztów wpisy uiszczone przez Odwołujących oraz zasądzając na rzecz Zamawiającego, odrębnie dla każdej ze spraw, uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania – Dz.U.2010.41.238).

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....